

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/78406>

Please be advised that this information was generated on 2018-07-08 and may be subject to change.

# Internationaal Recht komt van Venus, Internationale Betrekkingen van Mars

BERTJAN VERBEEK & RAMSES A. WESSEL\*

*Deze bijdrage schetst een algemeen beeld van hoe binnen twee intellectuele werelden wordt aangekeken tegen de relatie tussen internationaal recht en internationale politiek. Dit doen wij in de veronderstelling dat internationaal juristen en IB'ers door hun opleiding op geheel verschillende wijze vragen van internationaal recht leren stellen en beantwoorden. Allereerst komt de internationaal juridische visie op internationale politiek aan bod, gevolgd door de visies op internationaal recht zoals die leven binnen de Leer der Internationale Betrekkingen. Vervolgens willen wij door een empirische analyse van besluitvormingsprocessen in buitenlands beleid laten zien dat kennis van beide academische velden bijdraagt tot verbeterde kennis over de precieze feitelijke rol die het internationaal recht in de internationale politiek speelt zonder te hoeven vervallen tot extreme posities binnen beide disciplines.*

---

## Een internationaal juridische kijk op de internationale politiek

### *Soevereiniteit als uitgangspunt*

Veel meer dan in nationale rechtsgebieden wordt in het internationaal recht een noodzaak gevoeld om de eigenheid te bewijzen door zich af te zetten tegen andere normscheppende systemen, zoals de politiek of de moraal. Tegelijkertijd zou een volledige loskoppeling van de politieke werkelijkheid het internationaal recht al snel buiten spel zetten. Het gevolg is een

worsteling tussen een noodzakelijk autonome positie van het internationaal recht om überhaupt regels vast te kunnen stellen en te handhaven en de erkenning van het belang van staten in dat rechtsvormingsproces.<sup>1</sup>

Dit verklaart ook waarom het moeilijk is de aard van het internationaal recht vast te stellen. Dit rechtsgebied heeft in sommige ogen een onnatuurlijk – en af en toe zelfs paradoxaal – karakter. Historisch gezien is de ontwikkeling van het internationaal recht

\* Prof.dr. R.A. Wessel is hoogleraar Recht van de Europese Unie en andere Internationale Organisaties bij het Centre for European Studies van de Universiteit Twente; Prof.dr. B. Verbeek is als hoogleraar Internationale Betrekkingen verbonden aan de opleiding Politicologie en het Institute for Management Research van de Radboud Universiteit Nijmegen.

immers nauw verbonden met de ontwikkeling van een samenleving van soevereine, onafhankelijke staten die juist hun eigen regels wilden bepalen. Dit proces van de vorming van staten met exclusieve nationale rechtsmacht laat zich moeilijk verenigen met het aanvaarden van een bovenstatelijke rechtsorde. *Par in parem non habet imperium*, of: gelijken hebben geen gezag over elkaar. Tegelijkertijd zijn het – ironisch genoeg – twee kanten van eenzelfde medaille. De territoriale onderverdeling in juridisch autonome entiteiten noopte tot het tot stand brengen van interstatelijke regels om de exclusieve rechtsmacht (sovereiniteit) mogelijk te maken. Wanneer het uitgangspunt immers is dat de staat slechts regels kan stellen met betrekking tot zijn eigen grondgebied (en degenen die daarop wonen), zijn ‘bovenstatelijke’ regels nodig om de betrekkingen tussen staten te reguleren. Met andere woorden:

[t]hese two assertions are complementary. They are the inward and outward expressions, the obverse and reverse sides of the same idea [being] the idea that there is no final and absolute political authority in the political community [...] and no final and absolute authority exists elsewhere.<sup>2</sup>

Een interessante vraag die juristen vervolgens heeft beziggehouden, is of de internationale rechtsorde om deze reden is ontstaan, of dat

deze al bestond en juist de staatsvorming mogelijk maakte. Een feit is dat regels nodig waren die hun bron per definitie niet in een nationale rechtsorde zouden kunnen vinden, maar waarvoor de overeenstemming tussen afzonderlijke soevereine staten als bron zou moeten gelden (de zogenoemde *consent to be bound*). Het was nodig te komen tot ‘een recht van coëxistentie.’<sup>3</sup> Sovereiniteit mocht intern dan wel tot staatsmacht leiden, maar daar blijft weinig van over wanneer deze niet door andere staten wordt erkend. Afspraken over erkenning van staatsgrenzen, over het aangaan van overeenkomsten, over diplomatieke betrekkingen (en met de soevereiniteit samenhangende immuniteiten) en over de behandeling van onderdanen van een vreemde staat lagen dan ook voor de hand. Het uitgangspunt daarbij was echter dat de instemming van de staat nodig was voor zijn gebondenheid aan een internationale regel. Als feit en als fictie vormt dit uitgangspunt nog steeds de basis voor de internationale rechtsorde: staten kunnen niet tegen hun wil worden gebonden. Tegelijkertijd wordt het bestaan van hun instemming steeds vaker geconstrueerd via gewoonterechtelijke noties of langs de weg van de ‘impliciete bevoegdheden’ die internationale organisaties soms blijken te hebben.<sup>4</sup>

Het belang van de notie van ‘soevereine staten’ is dus nog steeds aanwezig en de soevereine gelijk-

heid van de staten is vastgelegd in het VN-Handvest (art. 1 lid 1). Ook in de internationale praktijk beroepen staten zich veelvuldig op hun soevereiniteit en geven zij aan dat zij de soevereiniteit van andere staten respecteren. Het idee van de internationale gemeenschap als een gemeenschap van soevereine staten is dan ook nog steeds zichtbaar in de structuur van het internationaal recht, die om die reden ook vaak als decentraal of horizontaal wordt aangeduid.

Eveneens is duidelijk dat de in de zeventiende eeuw ontstane soevereiniteit van de staat impliceert dat staten niet in een isolement leven en dat ze er in het algemeen wel bij varen om relaties aan te gaan met andere staten. Evenmin duidt de soevereiniteit van staten er op dat deze boven de wet of buiten de internationale rechtsorde staan. Deze laatste is immers een uitvloeisel van de externe dimensie van soevereiniteit. Met andere woorden: soevereiniteit betekent onafhankelijkheid binnen de grenzen die door het internationaal recht zijn gesteld. Of, zoals de notie van soevereiniteit in het begin van de vorige eeuw wel werd omschreven:

Independence [...] is really no more than the normal condition of States according to international law; it may also be described as sovereignty (*suprema potestas*), or external sovereignty, by which is meant that the State has over it no other authority than that of international law.<sup>5</sup>

Veel van het internationaal recht zoals we dat nu kennen is nog steeds te kenmerken als 'recht van coëxistentie'. Tegelijkertijd gaat het – zeker na de Tweede Wereldoorlog – niet alleen meer om het afbakenen van jurisdicties, maar evenzeer om samenwerken en is steeds meer internationaal recht te kenmerken als 'recht van coöperatie'.<sup>6</sup> Door de afwezigheid van een centrale autoriteit blijft de aard van het internationaal recht echter aan interpretatie onderhevig, zowel door zijn subjecten als door zijn beschouwers.

*Wat wil het internationaal recht?*

De bovengenoemde ontwikkelingen hebben ertoe geleid dat het niet eenvoudig is om een heldere definitie op te stellen van wat wordt aangeduid met de term 'internationaal publiekrecht'. De omschrijving van internationaal publiekrecht als 'een rechtsorde die de betrekkingen tussen staten reguleert', is te beperkt om inzicht te bieden in de complexiteit van de huidige internationale rechtsorde. Veel auteurs definiëren het internationaal publiekrecht dan ook niet langer in termen van de subjecten (lees: staten) of de materiële onderwerpen (bijvoorbeeld internationale veiligheid of economische samenwerking) van het internationaal recht, maar in termen van de bronnen van het internationaal recht. In plaats van een definitie te geven wordt de vraag 'wat is internationaal recht?' beantwoord

met een beschrijving van de bronnen waaruit (geldig) internationaal recht kan voortkomen.<sup>7</sup> Het internationaal publiekrecht wordt dan opgevat als het geheel van regels dat zijn geldigheid ontleent aan de algemeen geaccepteerde internationale rechtsbronnen zoals verdragen, gewoonterecht, algemene rechtsbeginselen, jurisprudentie en doctrine.<sup>8</sup> Maar ook dit is een keuze. Het kost weinig moeite om een lijst van mogelijke criteria voor de basis van internationale rechtsnormen vast te stellen: instemming van de partijen; gewoonte of praktijk; een gevoel van rechtvaardigheid (het juridisch geweten); natuurrecht of de natuurlijke rede; sociale noodzaak; de wil van de internationale gemeenschap (internationale consensus); intuïtie; een gemeenschappelijk doel van de deelnemers; effectiviteit; sancties; 'systemische' doelstellingen; gedeelde verwachtingen of *rules of recognition*. Met andere woorden:

On looking at this [...] wide array of ideas concerning the 'true' or 'correct' basis of obligation in international law it may be wondered on the one hand, whether the choice of a 'basis' has any great practical significance and, on the other, whether the diversity of opinion does not reveal a radical weakness in the conceptual structure of international law.<sup>9</sup>

Kenmerkend voor deze bronnen zou dan zijn dat de regels van het internationaal publiekrecht zich

onderscheiden van andere rechtsregels omdat zij "hun bestaan niet te danken hebben aan één enkele nationale rechtsbron."<sup>10</sup> Deze omschrijving geeft een belangrijk inzicht in de aard van het internationaal publiekrecht: het is een rechtsstelsel gebaseerd op het uitgangspunt dat de ene staat niet bevoegd is om regels op te stellen die juridisch bindend zijn voor een andere staat. Er is, met andere woorden, sprake van een set regels die los staat van de rechtsordes van de staten: het gaat immers om het regelen van de verhoudingen tussen deze (en andere) rechtssubjecten.

Dit leidt dan tot de volgende – eenvoudige maar doeltreffende – definitie: "het internationaal recht is het geheel van de regels die de internationale betrekkingen beheersen."<sup>11</sup> Hoe fraai deze definitie ook is, zij lijkt (ongewild) de nadruk te leggen op het horizontale karakter van de internationale rechtsorde. In slechts enkele omschrijvingen van internationaal recht ligt de nadruk minder op de verhoudingen tussen rechtssubjecten, maar meer op de structurelementen van de internationale rechtsorde. In een dergelijke omschrijving regelt het internationaal publiekrecht "de uitoefening van publiek gezag in de internationale gemeenschap. Het kent bevoegdheden toe aan de entiteiten die publiek gezag uitoefenen (bovenal staten en internationale organisaties) en bepaalt het juridisch kader waarbinnen zij deze bevoegdheden

den moeten uitoefenen.”<sup>12</sup> Deze elementen – het regelen van internationale betrekkingen binnen een publieke orde, of rechtssysteem – geven tezamen een goed beeld van de aard en het doel van het internationaal recht.

*Internationaal recht komt van Venus*

De worsteling met termen komt ook voort uit de al genoemde nauwe verwevenheid tussen internationaal recht en internationale politiek. Hoewel recht en politiek ook op het nationale niveau niet volledig los van elkaar opereren, bestaat het beeld dat in het internationale systeem ‘recht’ ten opzichte van de politieke belangen wel een heel ondergeschikte rol speelt en nauwelijks in staat is zelfstandig staten tot gewenst gedrag te dwingen. Het onderscheid kan als volgt worden aangegeven:

Politics is much closer to the heart of the system than is perceived within national legal orders, and power much more in evidence. The interplay of law and politics in world affairs is much more complex and difficult to unravel [...]. Power politics stresses competition, conflict and supremacy and adopts as its core the struggle for survival and influence. International law aims for harmony and the regulation of disputes. It attempts to create a framework, no matter how rudimentary, which can act as a kind of shock-absorber clarifying and moderating claims and endeavouring to balance interests.<sup>13</sup>

In dit idee dient het internationaal recht dus ‘de boel bij elkaar te houden’. Tegelijkertijd is de aanwezigheid van machtspolitiek in het internationaal systeem een gegeven. Deze *interplay of law and politics* is voor de meeste onderzoekers van internationaal recht een reden om het onderscheid tussen recht en politiek extra aan te zetten en ‘zuiver in de leer te blijven’ door juridische analyses zo apolitiek mogelijk te presenteren. Alleen op die manier kan het internationaal recht immers zijn conflictdempende en oplossende rol vervullen. Anderen wijzen echter op de onwenselijkheid of zelfs de onmogelijkheid van een scheiding tussen recht en politiek. Zo is wel gewezen op de spanning tussen ‘formalisme’ (nadruk op ‘onafhankelijke’ rechtsnormen) en ‘realisme’ (recht als politiek of beleidsinstrument), terwijl tegelijkertijd moet worden erkend dat deze spanning juist eigen is aan de aard van het internationaal recht.<sup>14</sup> Wat wij ‘doctrine’ noemen is door onszelf bedacht: “international law is what international lawyers make of it.”<sup>15</sup> Voor veel juristen is dit echter onaanvaardbaar omdat hiermee het bestaan van een objectieve rechtswaarheid wordt ontkend en het vakgebied aan waarde zou verliezen. Dat gevaar is echter minder groot dan het lijkt zolang de waarde van de narratieve dimensie van internationaal recht erkend blijft: de rol die het internationaal recht speelt in de internationale betrek-

kingen, als referentiekader en als grammatica. Zijn juristen niet allemaal in staat om (even los van voorkeuren) juridische argumentatielijnen op te zetten ter ondersteuning van tegenstrijdige meningen? Vinden we de argumentatie die studenten gebruiken bij de beantwoording van tentamenvragen niet belangrijker dan het 'juiste' antwoord? De kracht van (internationaal) recht is dat het construerend is, ook al is het geconstrueerd.

Door de afwezigheid van eenduidigheid, in combinatie met een zwak ontwikkeld stelsel van supervisie ontbeert het internationaal recht – in de ogen van veel niet-juristen – de status van 'echt' recht. De vraag '*is international law really law?*', wordt dan ook in veel handboeken aan de orde gesteld en in veel verhandelingen in het vakgebied Internationale Betrekkingen wordt internationaal recht slechts gezien als één factor op basis waarvan staten met elkaar omgaan. In een klassieker over het gedrag van staten wordt het als volgt gesteld:

[A]s for the diplomat and the maker of foreign policy, they do not appear to consider international law important. International law is convenient for formalising routine diplomatic practices so as to give free rein to the art of diplomacy; it is often an acceptable minor obstacle in the pursuit of policy; it is not a significant restraint on a nation's freedom to pursue important national interests as it sees them.<sup>16</sup>

Maar ook rechtstheoretici hebben geworsteld met de vraag of we op internationaal niveau wel met een werkelijke rechtsorde te maken hebben. Zo stelde Kelsen dat het bestaan van een rechtssysteem uiteindelijk afhangt van zijn erkenning in de praktijk:

a general legal norm is regarded as valid only if the human behaviour that is regulated by it actually conforms with it, at least to some degree. A norm that is not obeyed by anybody anywhere, in other words a norm that is not effective at least to some degree, is not regarded as a valid legal norm. A minimum of effectiveness is a condition of validity.<sup>17</sup>

Doordat handhavingsmechanismen in het internationale systeem minder goed zijn ontwikkeld dan in de meeste nationale systemen, zijn internationale regels niet altijd effectief. Maar zijn ze daarmee ook niet geldig? Ook een andere beroemde rechtstheoreticus, H.L.A. Hart, vond het internationaal recht niet passen binnen zijn *concept of law*. In zijn idee is er in het geval van internationaal recht geen sprake van een eenduidig systeem:

international law simply consists of a set of separate primary rules of obligation which are not united in this manner.<sup>18</sup>

#### *Global governance*

Betekent dit nu dat het internationaal recht de eerder voorziene ordenende rol niet kan spelen, ofwel

omdat er geen sprake is van een consistent stelsel van normen of omdat door de afwezigheid van sancties het recht niet effectief kan zijn? Beoefenaren van het internationaal recht erkennen wel de tekortkomingen van het systeem, maar wijzen vaak op de feitelijke werking die de internationale rechtsorde niet kan worden ontzegd. Veel handboeken citeren uit Hedley Bulls klassieker *The Anarchical Society*:

[m]ost states at most times pay some respect to the basic rules of coexistence in international society, such as mutual respect for sovereignty, the rule that agreements should be kept, and rules limiting resort to violence.<sup>19</sup>

Inderdaad vormen regels op internationaal niveau voor staten een rechtswerkelijkheid. Besluiten om wel of niet lid te worden van het Internationaal Strafhof of om de VN-Veiligheidsraad wel of niet te hervormen worden niet licht genomen en blijven anderzijds inderdaad niet zonder effect. Ook al is de wereldpolitiek wellicht 'anarchisch', er is toch sprake van een internationale samenleving. Door de toename van het aantal internationale afspraken op een steeds groter aantal terreinen wordt deze samenleving meer gereguleerd en is het voor staten in ieder geval vanuit praktisch oogpunt zinvol om de spelregels als uitgangspunt te nemen om mee te blijven doen, al was het alleen maar om betrok-

ken te blijven bij het maken en veranderen van deze regels.

De eerder genoemde horizontale, of decentrale, aard van het internationaal recht is lange tijd als een gegeven genomen en wordt vooral gebruikt om de verschillen met nationale rechtsordes te benadrukken. Ook de meeste handboeken wijzen veelal in het eerste hoofdstuk al op de bijzondere aard van de internationale rechtsorde. Gebruikelijke formuleringen zijn bijvoorbeeld:

the relations between the States comprising the international community remain largely horizontal. No vertical structure has as yet crystallized, as is instead the rule within the domestic systems of States.<sup>20</sup>

Bekende gevolgen hiervan zijn de grote vrijheid van staten om hun eigen handelen te bepalen en de noodzaak voor een vertaling van de meeste internationale regels naar nationale wet- en regelgeving. Het is echter duidelijk dat het internationale systeem is veranderd en dat er niet meer sprake is van louter naast elkaar levende staten die in volledige vrijheid onderling hun (machts)politiek kunnen bepalen. De 'verticalisering' van het internationaal recht wordt vooral duidelijk wanneer we naar de autonome positie van enkele internationale organisaties kijken. Internationale organisaties nemen steeds meer wetgevende en regulerende taken van staten over of krijgen



zelfstandig nieuwe taken op dat terrein.<sup>21</sup> Het internationaal recht regelt op die manier steeds meer “de uitoefening van *publiek gezag* in de internationale gemeenschap,” “kent *bevoegdheden* toe aan de entiteiten die publiek gezag uitoefenen” en “bepaalt het juridisch kader waarbinnen zij deze bevoegdheden moeten uitoefenen.”<sup>22</sup> Het gaat ook in de internationale rechtsorde steeds vaker om publiek gezag ter regulering van bevoegdheden en al lang niet altijd alleen meer om het reguleren van onderlinge afspraken tussen staten. Niet alleen spelen internationale organisaties een grotere rol in de totstandkoming van regels, ook worden niet-statelijke actoren (individueën, bedrijven, NGO's) steeds vaker geraakt door internationale regels.

Hoewel dit nog geenszins betekent dat er een ‘wereldregering’ in wording is,<sup>23</sup> is bij de verdere ontwikkeling van de internationale rechtsorde de neiging groot om aan te sluiten bij de ervaring die we hebben met nationale rechtsordes. Het lopende debat over internationale constitutionele processen<sup>24</sup> – als eerste, natuurlijke, reactie op de opkomst van niet-statelijke actoren in het internationale systeem – is daar een mooi voorbeeld van. Een van de belangrijke vragen waarmee het internationaal recht zich de komende tijd geconfronteerd zal zien, zal zijn of deze zogenoemde *domestic analogy* zinvol is, of dat we misschien toe

moeten naar een mondiaal recht dat rekening houdt met het feit dat we in *global governance* niet te maken hebben met één overheid, noch met gelijken,<sup>25</sup> maar met een veelheid aan (inter)nationale entiteiten die ieder op hun eigen wijze een rol spelen in een steeds complexere internationale samenleving. De ‘dempende rol’ die het internationaal recht op de machtspolitiek van staten kan hebben, zou met deze ontwikkeling worden versterkt. Tegelijkertijd blijft duidelijk dat bij de verdere ontwikkeling van een systeem van *global governance* rekening wordt gehouden met de politieke werkelijkheid waarin anarchie nog steeds de bovenaan voert. Voor het internationaal recht is dit echter niets nieuws en geruststellend is wellicht dat internationaal juristen veel in eigen hand hebben; want, zoals gezegd: *international law is what international lawyers make of it.*

### **Internationaal recht in de Leer der Internationale Betrekkingen**

Voor bijna alle politicologische onderzoekers op het terrein van de internationale betrekkingen vormt anarchie – en niet regulering of gezag – juist het startpunt voor de beschrijving van het internationale politieke systeem. Daarmee bedoelen zij dat er geen sprake is van overkoepelend gezag dat toeziet op de naleving van regels en afspraken en deze eventueel zou

kunnen afdwingen. In tegenstelling tot (sommige<sup>26</sup>) staten is er in het internationale politieke systeem geen sprake van een actor die een legitiem monopolie op de geweldsmiddelen bezit. Sommigen zien echter in het rechtsstelsel van de Europese Unie een belangrijke aanzet tot een effectief bovenstatelijk overkoepelend gezag.

Hoewel men het eens is over het bestaan van anarchie, bestaat er ook grote onenigheid over de precieze gevolgen van het bestaan van anarchie voor het gedrag van staten en bijgevolg van de rol die internationaal recht in het anarchische systeem speelt. Om zicht te

krijgen op die uiteenlopende visies is het zaak in ieder geval onderscheid te maken tussen rationalistische en (sociaal-)constructivistische benaderingen van internationale politiek en tussen benaderingen die ervan uitgaan dat staten moeten worden beschouwd als unitaire eenheden en benaderingen die het noodzakelijk achten de assumptie van de unitaire staat op te geven en open te staan voor de mogelijkheid dat statelijk gedrag de resultante is van het samenspel van meerdere binnenlandse en transnationale actoren. Tabel 1 biedt een overzicht van mogelijke posities in dit debat.

Tabel 1 Posities ten aanzien van de staat in de internationale politiek

		Ontologische benadering	
		Rationalistisch: materieel	Constructivistisch: sociaal
Opvatting over de staat	Unitaire actor	Waltz, <i>Theory of International Politics</i>	Wendt, <i>Social Theory of International Politics</i>
	Geen unitaire actor	Allison & Zelikow, <i>Essence of Decision</i> Model III	Weldes, <i>Constructing the National Interests</i>

*Rationalisme - Staat als unitaire actor (a) (Neo)-realisten.* Voor rationalisten levert anarchie grote gevaren op voor de overlevingskansen van de staat in het internationale politieke systeem. In het bijzonder onderzoekers in de traditie van het realisme leiden uit anarchie af dat

een staat uiteindelijk geen andere staat kan vertrouwen. Daarom moet een staat altijd alert zijn op veranderingen in de machtsverhoudingen tussen staten en zijn eigen machtspositie in het oog houden. Afgezien van onenigheid over de vraag of staten (slechts) uit zijn

op overleven of op machtsmaximalisatie, leidt dit perspectief ertoe dat men binnen de realistische traditie weinig belang hecht aan het internationaal recht. In deze visie is het internationaal recht (of wat daar voor doorgaat) het product van de machtsverhoudingen. Bovendien zullen realisten er op wijzen dat staten het bestaande internationale recht zo zullen hanteren dat het hun nationale belang het best behartigt. Naleving van rechtsregels is dus ook een afgeleide van het nut dat dergelijke regels voor staten hebben. In deze visie zouden we een verandering van essentiële regels ook pas dan waarnemen wanneer de machtsverhoudingen tussen de staten zich grondig hebben gewijzigd.<sup>27</sup> Deze politicologen komen dus duidelijk van Mars.<sup>28</sup>

Iets gematigder realisten zullen het mogelijk achten dat staten, zelfs grote mogendheden, zich toch zoveel mogelijk aan internationaal recht zullen houden omdat systematische niet-naleving van regels zou leiden tot reputatieschade. Reputatieschade beschadigt de *soft power*-bronnen die een staat ter beschikking heeft. Ook grote landen zijn hiervoor gevoelig omdat het uitoefenen van bijvoorbeeld hegemoniaal leiderschap gemakkelijker gaat als dat geschiedt met een zweem van legitimiteit. De systematische schending van rechtsregels schaadt die legitimiteit.<sup>29</sup> Dit onderstreept dat ook voor IB'ers het internationaal recht dus wel

degelijk bestaat los van de machtsverhoudingen.

Onderzoekers van het buitenlands beleid van kleine staten wijzen er bovendien op dat vooral kleine staten groot belang kunnen hebben bij het naleven van internationaal recht en internationale afspraken. Via de opbouw van reputatie binnen de internationale samenleving kunnen zij immers invloedsmiddelen vergaren die zij ontberen op basis van materiële capaciteiten. Zo zou men kunnen stellen dat Nederland ook als kleine staat toch – wellicht zelfs disproportioneel grote – invloed uitoefent in het internationale systeem als gevolg van zijn reputatie VN-afspraken consequent te respecteren en dankzij het beeld als het land waar de wieg van het internationaal recht stond. In ieder geval tamboereert Nederland op dergelijke zaken wanneer het belangrijke internationale posities probeert te verwerven (zoals het lidmaatschap van de VN-Veiligheidsraad, 1998-2000) en ontstaat er grote onrust in Nederland wanneer gebeurtenissen deze reputatie lijken te schaden.<sup>30</sup>

(b) *Neo-liberalen*.<sup>31</sup> Neo-liberalen zijn minder pessimistisch dan (neo)-realisten over de gevolgen van anarchie en kennen het internationaal recht dan ook een andere rol toe. Neo-liberalen menen dat de gevolgen van de permanente onzekerheid onder anarchie kunnen worden verzacht door internationale instituties. Deze instituties vinden we op allerlei mondiale be-

leidsterreinen (handel, milieu, kinderarbeid, vrouwenrechten, enz.) en omvatten gedeelde opvattingen over specifieke onderwerpen, gekoppeld aan gedeelde normen en regels over hoe te handelen in dergelijke situaties, aangevuld met overeengekomen beslisregels over hoe besluiten op een dergelijk beleidsterrein moeten worden genomen. Vaak worden dergelijke zaken gecodificeerd in formele afspraken (verdragen, conventies) en worden speciale internationale organisaties opgericht die ontwikkelingen volgen, een ontmoetingsplaats voor betrokken partijen vormen en soms ook uitvoeringstaken toebedeeld krijgen. Dankzij deze internationale instituties wordt het voor staten mogelijk om meer zekerheid te verwerven over de intenties van andere staten. Bovendien wordt naleving van afspraken 'gemonitord' en is het tijdens ontmoetingen dankzij *naming and shaming* mogelijk reputatieschade op te lopen. Internationale instituties vergemakkelijken bovendien het verkennen (en bereiken) van *zero-plus*-oplossingen (wat in het EU-jargon wel *upgrading the common interest* wordt genoemd). Zo kunnen staten bijvoorbeeld ook ontsnappen aan de gevolgen van het zogeheten veiligheidsdilemma en zijn zij in staat over te gaan tot langdurige samenwerking.

In deze neoliberale visie speelt internationaal recht een belangrijke rol.<sup>32</sup> Het is voor staten rationeel

hun afspraken te codificeren en internationale organisaties op te richten voor het vervullen van belangrijke functies ten dienste van langdurige samenwerking. In deze visie zijn staten dus ook bereid om regels na te leven wanneer zij ervan overtuigd zijn dat deze wellicht op korte termijn een bedreiging vormen voor het nationale belang, maar op langere termijn de staat nog steeds meer voordeel dan nadeel opleveren.

#### *Rationalisme - Staat niet als unitaire actor*

Niet alle rationalistische onderzoekers op het gebied van de internationale betrekkingen gaan uit van de staat als unitaire actor. Zij betwijfelen of het nationale belang van een staat simpelweg valt af te leiden uit de aard van de internationale anarchie. Zij wijzen erop dat het nationale belang en daarmee het gedrag van een staat het product is van het samenspel van een (groot) aantal binnenlandse en transnationale actoren. Omdat zij wel een rationalistisch uitgangspunt hanteren, verleggen zij de nadruk op de doeleinden, belangen die worden nagestreefd door de diverse binnenlandse en transnationale actoren en hun onderlinge machtsverhoudingen. Zo vinden we auteurs die de verklaring leggen bij het politiek overleven van individuele politici, partijen, of regeringscoalities en auteurs die de verklaring leggen bij het organisa-

torische belang van overheidsorganisaties of van internationale organisaties. Auteurs die binnen deze traditie opereren, besteden relatief weinig aandacht aan de rol van internationaal recht. Wel is het logisch te veronderstellen dat zij internationaal recht als een strategisch instrument zullen beschouwen dat wordt gehanteerd door binnen- en buitenlandse actoren. Afhankelijk van het belang van de diverse actoren kan internationaal recht immers worden ingezet door te wijzen op reputatieschade of winst, of op de (ir)relevantie van het internationaal recht voor het verwezenlijken van het uiteindelijke doel van de actoren. De uitkomst blijft echter het product van conflict en samenwerking tussen verschillende binnenlandse en buitenlandse partijen.

*Constructivisme - Staat als unitaire actor*

Constructivisten die geïnteresseerd zijn in unitaire staten geven aan dat de gevolgen van anarchie in het geheel niet evident zijn. Zij wijzen erop dat staten in hun onderlinge interactie zelf betekenis geven aan anarchie en haar gevolgen. Juist vanwege het mechanisme van gemeenschappelijke betekenisgeving kunnen staten onder verschillende omstandigheden op uiteenlopende wijze invulling aan anarchie geven. In hun visie is een Hobbesiaanse wereld waarin staten uiteindelijk niet eens het bestaan van andere staten willen ga-

randeren en bereid zijn de ander te vernietigen, al lang niet meer dominant. Integendeel, er is, misschien al sinds mensenheugenis, sprake van een systeem waarin staten onderlinge afspraken hebben gemaakt die het overleven in een anarchie bevorderen. De hoeksteen van deze Lockeaanse wereld vormt het soevereiniteitsbegrip en het uitgebreide systeem van internationale diplomatie. Internationaal recht speelt in deze visie dus een zeer betekenisvolle rol: het draagt bij tot het overleven van de staat. Staten houden zich *grosso modo* wel aan de belangrijkste uitgangspunten van het internationaal recht. Staten houden zich hier niet alleen aan uit welbegrepen eigenbelang, maar ook omdat zij in de loop der jaren in constante interactie deze regels hebben geïnternaliseerd. De constructivistische benadering maakt het ook mogelijk open te staan voor de ontwikkeling naar een meer Kantiaans internationaal systeem waarin staten elkaar niet langer als vijand of rivaal zien, maar als vriend. Daarin speelt internationaal recht een essentiële rol.

Internationaal recht is in die zin ook belangrijk binnen een constructivistische benadering omdat via veranderingen in het internationaal recht nieuwe spelers kunnen worden 'geconstitueerd' en *empowered*. Daardoor wordt het mogelijk dat staten hun belangen anders definiëren dan enkel op grond van materiële overwegingen.

*Constructivisme - Staat is geen unitaire actor*

Binnen deze groep onderzoekers draait het erom dat de vele actoren die van invloed zijn op het gedrag van de staat worden gedreven door inhoudelijke opvattingen over het te voeren beleid, ingebed in een systeem van normen en regels die zij nastrevenswaardig vinden. In deze visie is het gedrag van staten niet het product van strijd tussen actoren die beperkte materiële (dan wel electorale of organisatorische) belangen nastreven, maar een samenspel van actoren die er deels conflicterende visies op na houden.<sup>33</sup> In deze literatuur ligt een grote nadruk op wederzijdse overtuigingsprocessen om de uiteindelijke uitkomst, een statelijk standpunt, te begrijpen. Ook hier speelt het internationaal recht een belangrijke rol omdat het onderdeel vormt van de argumentaties binnen de overtuigingsprocessen tussen relevante actoren.

### **Internationaal-rechtelijke overwegingen bij inzet van militaire middelen**

Om meer inzicht te krijgen in de mate waarin internationaal recht de handelwijze van staten beïnvloedt, gaan wij hieronder in op twee beslissingen van Groot-Brittannië om geweld te gebruiken. De eerste case betreft de beslissing in 1956 het conflict met Egypte over

de nationalisatie van de Suez Kanaal Maatschappij met militaire middelen te beslechten. De tweede case gaat over de beslissing in 2003 geweld te gebruiken in het conflict met Irak over naleving van VN-maatregelen. Vervolgens wordt een korte vergelijking gemaakt met de beslissing van de Nederlandse regering in 2003 om de oorlog tegen Irak wel politiek, maar niet militair te steunen. Steeds staat de vraag centraal in hoeverre de regeringen het internationaal recht als instrumenteel dan wel als richtsnoer voor het buitenlands beleid zagen.

De cases vormen daarmee een uitwerking van hoe men onderzoek kan doen naar de relatie tussen internationale politiek en internationaal recht vanuit het perspectief dat de staat geen unitaire actor is, maar bestaat uit een constellatie van actoren die opereren binnen institutionele randvoorwaarden.

*Britse besluitvorming tijdens de Suez-crisis van 1956<sup>34</sup>*

In de zomer van 1956 stond Groot-Brittannië voor de vraag of het zou overgaan, met Frankrijk en eventueel met Israël, tot militair geweld tegen Egypte na de Egyptische nationalisatie van de Suez Kanaal Maatschappij. Overwegingen van internationaal recht hebben een belangrijke rol gespeeld tijdens de Britse besluitvorming en hebben uiteindelijk bijgedragen tot een specifieke beslissing die – ironisch

genoeg – desastreuze gevolgen zou hebben voor de Britse doeleinden.

Onmiddellijk na de nationalisatie op 26 juli 1956 vroeg het Britse kabinet aan de militaire top een invasie voor te bereiden en te zien in hoeverre dat op zeer korte termijn kon worden uitgevoerd. Ook werd juridisch advies ingewonnen bij twee afdelingen: de *Law Officers* van het Ministeries van Buitenlandse Zaken en bij het persoonlijk kabinet van de Lord Chancellor, Kilmuir. De experts op het Ministerie van Buitenlandse Zaken gaven vanaf het begin aan dat er niet of nauwelijks sprake was van een *casus belli*. Zolang Egypte de aandeelhouders van de Maatschappij compenseerde en een vrije doorvaart door het Suezkanaal garandeerde (het kanaal was immers een internationale waterweg; verdrag van Constantinopel, 1898), was er juridisch gezien geen rechtvaardiging voor een militair conflict. De Lord Chancellor daarentegen betoogde dat de nationalisatie een bedreiging vormde voor de scheepvaart, en dus voor de toevoer van olie, en dus voor de vitale belangen van Groot-Brittannië, en dat daarom geweld was gerechtvaardigd op basis van het zelfverdedigingsrecht. In de loop van de zomer kregen de *Law Officers* geen toegang meer tot het kernkabinet dat de beslissingen nam. De enige met toegang tot die kleine groep was de radicale Lord Kilmuir. Dit sluit aan bij de visie die binnensta-

telijke processen centraal stelt. Het gaat om het juiste *action channel*: welke visie krijgt toegang tot de besluitvorming?<sup>35</sup>

Omdat de militairen niet op stel en sprong Egypte konden binnenvallen en omdat de Verenigde Staten tijd probeerden te winnen door twee conferenties te beleggen (in augustus en september) van de ondertekenaars van het Verdrag van Constantinopel, moest het Britse kabinet voorlopig van escalatie afzien. Hier zien we hoe het internationaal recht een wapen vormde in de hand van de Verenigde Staten die met het Verdrag in de hand besluitvorming in Londen en Parijs wisten te traineren. De Britse regering bedacht in deze maanden echter twee manieren om een *casus belli* te creëren. Dit onderstreept de realistische zienswijze dat staten het recht naar hun hand proberen te zetten. Men zond een Britse oorlogsbodem door het kanaal in de hoop en verwachting dat Egypte het schip de doorvaart zou weigeren, wat een *casus belli* zou vormen. Dit bleek tevergeefs. Ook besloot men (samen met de Suez Kanaal Maatschappij) om de in meerderheid westerse loodsen door het kanaal te verbieden voor de Egyptische regering te werken. Men hoopte hiermee het verkeer in het kanaal tot stilstand te brengen, wat ook als een *casus belli* werd beschouwd. Egyptische loodsen wisten echter het verkeer uitstekend te begeleiden.

Begin oktober 1956 zocht men in

Frankrijk daarom een andere uitweg. Het plan werd bedacht dat Groot-Brittannië en Frankrijk zouden interveniëren als politieagenten in het geval van een Israëliisch-Egyptisch conflict. Frankrijk had Israël hierover benaderd. Israël wilde alleen meedoen als er garanties kwamen van Groot-Brittannië en Frankrijk dat Israëliische troepen door Britse en Franse steun zouden worden beschermd (concreet: het bombarderen van de Egyptische luchtmacht). Groot-Brittannië, dat liever niet als bondgenoot van Israël wilde worden gezien, ging schoorvoetend akkoord. Met grote weerzin tekende Groot-Brittannië eind oktober 1956 een geheim verdrag (het Protocol van Sèvres) met Frankrijk en Israël. De gekozen legitimatie had echter enorme gevolgen. Omdat Groot-Brittannië en Frankrijk nog steeds wilden worden gezien als handelend in overeenstemming met het internationaal recht, was het nodig dat Israël een aanval op het Suezkanaal uitvoerde, om zo Groot-Brittannië en Frankrijk tussenbeide te kunnen laten komen. Dit betekende een radicale wijziging van het doel van de militaire operaties. In eerdere plannen was voorzien in een opmars naar Cairo, niet naar het kanaal, met de bedoeling de Egyptische president Nasser ten val te brengen. De keuze voor een rol als 'politieagent' betekende dat men net moest doen alsof men de strijdende partijen wilde scheiden

en de doorvaart door het kanaal wilde garanderen; dit betekende dat men niet naar Cairo kon optrekken, met als gevolg dat het doel, de val van Nasser, moeilijker bereikbaar werd. Men hoopte dat de Egyptische bevolking bij een Brits-Franse aanval in opstand zou komen en zelf Nasser zou laten vallen.

Een tweede gevolg was dat men moest afwachten hoe de internationale gemeenschap in de Verenigde Naties op deze ontwikkelingen zou reageren. De meeste landen waren uiterst verbaasd over het idee van een Brits-Franse rol als politieagent na het begin van de Israëliische aanval op Egypte. Groot-Brittannië en Frankrijk moesten tot twee maal toe een oproep tot staakt-het-vuren in de Veiligheidsraad vetoën, omdat anders hun invasiemacht in het geheel niet kon worden gebruikt. Daarbij was het voor veel landen volstrekt onbegrijpelijk waarom een invasiemacht al op zee was en de Brits-Franse luchtmacht bombardementen op Egypte uitvoerde terwijl in de Veiligheidsraad nog over een staakt-het-vuren werd gesproken.

We zien dus dat Groot-Brittannië enerzijds er alles aan deed om het internationaal recht zo te gebruiken dat een *casus belli* ontstond. Anderzijds durfden de Britten het niet aan om simpelweg op basis van zelfverdediging een aanval te beginnen. Dat zou ten koste gaan van steun van de internationale ge-



meenschap. Het internationaal recht werkte in die zin remmend op het Britse beleid. Daarnaast bleek dat Groot-Brittannië wel degelijk koos voor een plan dat juridisch te verdedigen leek (het politieagentenidee), maar die keuze had ingrijpende gevolgen voor het bereiken van zijn doelstelling. In die zin heeft het internationaal recht 'beperkende' invloed gehad op de beleidsvrijheid van Groot-Brittannië.<sup>36</sup>

*Britse en Nederlandse besluitvorming aan de vooravond van de invasie van Irak in 2003*

*Groot-Brittannië.* De Britse deelname aan de oorlog tegen Irak in 2003 kende een lange aanloop. Tijdens die aanloop zouden verschillende Britse beleidsmakers met grote regelmaat de internationaal-rechtelijke kant van een mogelijke oorlog aan de orde stellen.

Meteen na de aanslagen op 11 september 2001 kwam de zogeheten COBRA<sup>37</sup> bijeen, met aan het hoofd premier Tony Blair. De directeur van MI5 gaf daar al aan dat de Verenigde Staten snel en hard zouden terugslaan, mogelijk ook in Irak.<sup>38</sup> Drie dagen later gaf Blair in een informele bijeenkomst met enkele vertrouwelingen al aan dat de Verenigde Staten "other countries, including Iraq, and other countries not even linked to O(sama) B(in) L(aden)" wilden aanpakken. Minister van Defensie Geoff Hoon stelde dat zijn Amerikaanse collega Donald Rumsfeld al lang naar

een gelegenheid zocht om Irak te treffen. Daarom meende minister van Buitenlandse Zaken Jack Straw dat "to do Iraq without justification [would make them] lose world opinion". Daarop verklaarde Blair: "My job is to try to steer them in a sensible path".<sup>39</sup> Daarmee manoeuvreerde Blair zich al in een vroeg stadium in een lastige positie: hij zag zichzelf als de aangewezen persoon om president Bush te behoeden voor adviseurs met een eigen agenda ("He said he needed to see him [Bush] in a room, and look in the eyes, not do all this on phone calls with 15 people listening in").<sup>40</sup> Daarmee committeerde hij zich wel aan Bush' beleid en haalde hij zich de taak op de hals te zorgen voor een overtuigende rechtvaardiging van een eventuele oorlog tegen Irak.

Vanaf begin 2002 kwamen de internationaal-rechtelijke aspecten van een eventuele inval in Irak regelmatig voorbij. Op 8 maart 2002 werden twee belangrijke memoranda aangeleverd: een geschreven door ambtenaren van het UK Overseas and Defence Secretariat Cabinet Office (het zogenoemde *Iraq Options Paper*), en een door juristen van het Foreign Office. De juristen betoogden dat een oorlog tegen Irak niet kon worden gevoerd op basis van het zelfverdedigingsrecht en zeer waarschijnlijk niet op basis van het beginsel van humanitaire interventie. Tegelijkertijd gaven zij aan dat de Veiligheidsraad wel toestemming zou kunnen geven

voor het gebruik van geweld indien Irak de afspraken zou schenden die waren neergelegd in Resolutie 687 die het staakt-het-vuren in 1991 regelde. De juristen merkten op dat de Verenigde Staten de visie huldigden dat daar geen Veiligheidsraadspraak voor nodig was, en alleen maar de vaststelling door een individuele lidstaat. Ook betwijfelden de Foreign Office-juristen of Resolutie 1205 uit 1998 (die operatie Desert Fox rechtvaardigde) het gebruik van geweld zou toestaan zonder voorafgaand besluit door de Veiligheidsraad.<sup>41</sup>

Het *Iraq Options Paper* stelde eveneens dat, hoewel een juridische rechtvaardiging was vereist, op dat moment een dergelijke grond voor het gebruik van geweld ontbrak. Wel suggereerde het memorandum dat de bestaande juridische instrumenten (ten aanzien van de VN-inspecties in Irak) zodanig konden worden aangescherpt dat Saddam Hoessein ofwel zou gehoorzamen of obstructie zou plegen zodat een *casus belli* ontstond.<sup>42</sup>

Deze memoranda verschenen toen Blair zich steeds nadrukkelijker bewust werd van de precaire situatie waarin hij zich had gemanoeuvreerd. Enerzijds had hij zich tegenover Bush gecommitteerd aan Britse deelname, anderzijds merkte hij de grote aarzelingen onder kabinetsleden en Labour-backbenchers bij een oorlog zonder juridische rechtvaardiging. Daags voor de

memoranda drong in het kabinet een aantal seniorministers (minister van Binnenlandse Zaken David Blunkett, Leader of the House of Commons Robin Cook en minister van Ontwikkelingssamenwerking Clare Short) aan op juridische argumenten, ook om te voorkomen dat men geïsoleerd van de overige Europese staten zou komen te staan. Het was de laatste keer tot aan maart 2003 dat het volledige kabinet uitgebreid over de kwestie vergaderde. Kabinetsbijeenkomsten werden vanaf 7 maart 2002 vooral gebruikt om mededelingen over Irak te doen. Daarnaast vergaderde Blair onder vertrouwelingen en hield hij bilateraal contact met politieke zwaargewichten in zijn kabinet.<sup>43</sup>

Terwijl hij critici voortdurend voorhield dat nog niets was besloten,<sup>44</sup> raakte Blair steeds verder verstrikt in zijn pogingen de Verenigde Staten bij te sturen. Op 23 juli 2002 bleken die problemen eens te meer toen op een bijeenkomst van Blairs *inner circle*, aangevuld met vertegenwoordigers van de Chefs van Staven, MI6 en de inlichtingendiensten, bleek dat de Verenigde Staten onafwendbaar op een oorlog aankoersten terwijl de juridische rechtvaardiging dun was. De aanwezigen drongen aan op meer juridische argumenten, maar ook op expliciete Amerikaanse beloften om het vredesproces tussen Israël en de Palestijnse Autoriteit vlot te trekken. Beide zaken waren

nodig om de internationale publieke opinie, maar ook de Labour-*backbenchers* mee te krijgen.<sup>45</sup> Blair was echter niet van zijn stuk te brengen:

I actually believe in doing this. [...] Not going with the United States would be the biggest foreign policy shift in 50 years. [...] Maximum closeness publicly was the way to maximize influence privately.<sup>46</sup>

Naarmate de beslissing om geweld te gebruiken naderbij kwam, werd de juridische kwestie nijpender. In november 2002 ontstond discussie over Veiligheidsraadresolutie 1441. De Engelse VN-ambassadeur benadrukte intern dat niet-naleving door Irak niet automatisch tot gerechtvaardigd gebruik van geweld zou leiden, in tegenstelling tot wat de Amerikanen beweerden.<sup>47</sup> De Attorney-General overlegde in de weken na de aanvaarding van Resolutie 1441 nauw met Blair, Straw en enkele topambtenaren. Hij stelde zich op het standpunt dat het gebruik van geweld niet werd gerechtvaardigd op basis van zelfverdediging of een onmiddellijke dreiging, maar wel door het in gebreke blijven door Irak betreffende de naleving van Resolutie 1441. De Attorney-General wilde zich niet uitspreken over de vraag of dat *regime change* vereiste.<sup>48</sup> Ook gaf hij op 7 maart 2003 in een memo aan dat wellicht een internationaal gerechtshof later zou concluderen dat wel degelijk een expliciete autorisatie van het

gebruik van geweld nodig zou zijn geweest.<sup>49</sup>

In deze periode drongen de geluiden van de *Law Officers* van het Foreign Office nauwelijks meer tot de beleidsmakers en de leden van het kabinet door. Uiteindelijk zou Deputy Legal Adviser Elizabeth Wilmshurst daarom ontslag nemen. Tegelijkertijd werd in de loop van februari en maart duidelijk dat een tweede Veiligheidsraadresolutie het niet zou halen. Tevens had president Bush nog altijd niet de veranderingen in het Midden-Oostenbeleid aangekondigd waar Blair al ruim een jaar op aandrong en die hij nodig had om steun binnen de Labour Party te mobiliseren.<sup>50</sup> Minister van Ontwikkelingssamenwerking Short, een minister met een grote aanhang onder *backbenchers*, dreigde aan de vooravond van de oorlog uit de boot te vallen. Daarmee dreigde Blair een kritisch aantal Labour-stemmen te verliezen.

Op 16 maart reisde Blair naar de Azoren voor de top met Bush, Aznar en Barroso. Op deze top kondigde Bush de voor Blair zo belangrijke *road map* voor het Midden-Oosten aan. Op 17 maart 2003, aan de vooravond van de stemming in het House of Commons over de oorlog, riep Blair het kabinet in speciale zitting bijeen. Daar presenteerde Attorney-General Peter Goldsmith een kort memorandum waarin werd beargumenteerd dat Veiligheidsraadresolutie 1441 wel degelijk een juridische basis

voor de aanstaande oorlog bood.<sup>51</sup> Op dat moment liet Short zich overtuigen en bleef zij aan als minister. Daarmee behoeft Blair voor het verlies van een cruciaal aantal *backbenchers* bij de stemming op 18 maart.

*Nederland.* Toen president Bush op 13 september 2002 in zijn toespraak tot de Verenigde Naties zinspeelde op het gebruik van geweld tegen Irak werd het juridische vraagstuk steeds vaker onderwerp van discussie onder de juristen op de Nederlandse ministeries van Buitenlandse Zaken en Defensie. Begin januari 2003 stelde de Directeur Juridische Zaken van het Ministerie van Defensie zich op het standpunt dat zelfverdediging geen afdoende grond was en dat alleen de voltallige Veiligheidsraad zich kon uitspreken over de naleving van Resolutie 1441. Eigenlijk achtte de Directeur Juridische Zaken een nieuwe mandaterende resolutie noodzakelijk. Op 1 maart 2003 stelde de Directie Juridische Zaken van het Ministerie van Buitenlandse Zaken dat een inbreuk op Resolutie 1441 niet per definitie een machtiging tot het gebruik van geweld zou inhouden.<sup>52</sup> De Nederlandse regering stelde zich op 6 maart 2003 op het standpunt, naar aanleiding van vragen van Tweede-Kamerlid Thom de Graaf (D66), dat Resolutie 1441 voldoende rechtsgrond bood voor het gebruik van geweld tegen Irak.<sup>53</sup>

Een nieuwe resolutie was niet noodzakelijk, maar wel wenselijk.<sup>54</sup> De Directie Juridische Zaken van het Ministerie van Buitenlandse Zaken gaf in haar interne memo van 18 maart 2003 aan dat de argumentatie van het kabinet "dun" was en betoogde, net zoals Goldsmith in Groot-Brittannië zou aangeven, dat de kans groot zou zijn dat het Internationaal Gerechtshof het kabinetstandpunt niet zou delen.<sup>55</sup> Het memo bereikte de minister niet langs formele weg en het is vooralsnog onduidelijk of hij kennis heeft genomen van de inhoud.<sup>56</sup> Uiteindelijk stemde de Tweede Kamer op 18 maart 2003 in met het regeringsbeleid dat voorzag in politieke, maar geen militaire steun aan de oorlog tegen Irak. Daarbij stelde de Nederlandse regering dat Resolutie 1441 een afdoende juridische basis vormde.

#### *Discussie*

De analyse van Britse besluitvorming in 1956 en 2003 laat zien dat de feitelijke omgang door een grote staat met internationaal recht (zelfs in 1956) gecompliceerder is dan realisten ons doen geloven. Enerzijds lijken politici het internationaal recht aan te wenden voor hun buitenlandspolitieke doel. In die zin wordt het uitgangspunt van de rationalistische benadering van buitenlands beleid onderstreept. In 1956 was men zelfs meermalen bereid een *casus belli* te provoceren. Maar ook in 2003

zocht men naar het aanscherpen van bestaande juridische instrumenten om Saddam Hoessein tot gehoorzaamheid of provocatie te bewegen.

In 1956 en 2003 zien we dat alle zeilen worden bijgezet om het internationaal recht zo te interpreteren dat het buitenlands beleid erdoor kan worden gerechtvaardigd. In beide gevallen ging dit ten koste van het advies van de echte deskundigen, de *Legal Officers* van het Foreign Office. Hun visie raakte naarmate het gewelddadig conflict naderbij kwam steeds verder uit zicht. De leiders maakten in beide gevallen liever gebruik van de visie van politici die minder juridisch deskundige, maar veeleer juridisch geschoolde politieke zwaargewichten waren (Kilmuir in 1956; Goldsmith in 2003).

Dit duidt erop dat binnen de overheid groepen met verschillende visies op de rol van het internationaal recht met elkaar concurreren om toegang tot de besluitvorming. Constructivisten hebben gelijk wanneer zij stellen dat binnen een staat verschillende visies op (of discoursen over) het gewicht van normen (internationaal recht) met elkaar wedijveren. Het Irakmemo van de Dienst Juridische Zaken van het Ministerie van Buitenlandse Zaken werd bestreden door het Directoraat-Generaal Politieke Zaken dat klaarblijkelijk het memo afdeed als het "slechts napraten van volkenrechtelijk Nederland" en "niet erg overtuigend". DGPZ

gebruikte echter politieke argumenten, geen volkenrechtelijke.<sup>57</sup>

Inzicht in de binnenlandse machtsverhoudingen is dus nodig om te verklaren welk discours de overhand heeft en zijn stempel op het beleid weet te zetten. In Groot-Brittannië was het in beide gevallen essentieel te behoren tot de *inner circle* rondom de premier. In Nederland bereikte het afwijkende standpunt van de Dienst Juridische Zaken van het Ministerie van Buitenlandse Zaken de minister niet, in ieder geval niet langs de officiële weg. DGPZ lijkt het memorandum met zijn beoordeling te hebben geneutraliseerd. De Secretaris-Generaal heeft wellicht als sluiswachter gefungeerd.

Anderzijds is het internationaal recht niet simpelweg een buigbaar instrument voor politici. Het is duidelijk dat in beide cases een internationaal rechtelijke onderbouwing door alle partijen wenselijk werd geacht om de binnenlandse en internationale publieke opinie achter zich te kunnen scharen. Dat duidt erop dat bepaalde internationaal juridische uitgangspunten en regels zodanig zijn geïnternaliseerd (mondiaal zowel als binnenlands) dat het internationaal recht niet kan worden genegeerd. Daarmee heeft het internationaal recht een beperkende invloed op de beleidsvrijheid van staten. Dit is het meest duidelijk tijdens de Suez-crisis toen Groot-Brittannië feitelijk zijn oorlogsdoel moest bijstellen door de keuze voor het juridische

vijgenblad van een politionele actie. In 2003 leek Groot-Brittannië's beleid minder beperkt te worden door het internationale recht. Blair leek eerder verstrikt in zijn vroege *commitment* aan Bush en zijn overtuiging dat hij daardoor de Verenigde Staten kon bijsturen. De gevolgen van zijn internationaal-rechtelijke keuzes werden pas na de oorlog tegen Irak duidelijk toen grote twijfel ontstond over de juridische grondslag van de oorlog (zie het Butler-rapport in 2004; en het Hutton-onderzoek in 2003). Uiteindelijk droeg op deze wijze een *commitment* aan internationaal recht in de loop van 2004 bij aan de verzwakking van Blairs binnenlandspolitieke positie en bereidde het ten slotte mede de wisseling van macht met Gordon Brown voor. Eenzelfde lot zou het kabinet-Balkenende IV beschoren kunnen zijn als in het najaar van 2009 de Commissie-Davids zou concluderen dat onzorgvuldig met volkenrechtelijke argumenten is omgegaan.<sup>58</sup>

Samengevat kan worden geconcludeerd dat het internationaal recht zeker een rol speelt in de buitenlandse politiek van staten. Wanneer we het buitenlands beleid zien als het product van de interactie tussen verschillend actoren binnen de staat, dan valt op dat zowel rationalisten als constructivisten

belangrijke inzichten bieden in de totstandkoming van buitenlands beleid. Rationalisten wijzen terecht op het instrumenteel gebruik van internationaal recht door sommige politici en ambtenaren. Tegelijkertijd beperkt het internationaal recht de beleidsopties van regeringen en kan het ervoor zorgen dat regeringen verstrikt raken in hun eigen juridische redeneringen. Constructivisten wijzen erop dat verschillende actoren binnen de overheid er verschillende visies op na houden over gepast gedrag binnen de regels van het internationaal recht. Welke visie prevaleert, is deels afhankelijk van toegang tot de besluitvorming.

De cases bevestigen dat het internationaal recht instrumenteel wordt gebruikt: het kan zowel beperkend als ondersteunend werken. Dat dit voor de regulerende werking van het internationaal recht niet bevorderlijk is, is evident. Het is juist dat het multi-interpretabele karakter van internationale regels eigen is aan de aard van dit recht. Tegelijkertijd is er onder de deskundigen eensgezindheid over de meeste fundamentele uitgangspunten. Het aanvaarden van deze uitgangspunten zou ook gunstig zijn voor de internationale politiek en de voorspelbaarheid ervan vergroten.

## Noten

1. Over dit dilemma, zie: Koskenniemi, M. (2005), *From Apology to Utopia*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 2-8. Onderdelen van deze paragraaf zijn gebaseerd op: Wessel, R.A. (2007), Internationaal recht in ontwikkeling, in: N. Horbach, R. Lefeber & O. Ribbelink (red.), *Handboek Internationaal Recht*, Den Haag: T.M.C. Asser Press, pp. 1-17.
2. Hinsley, F.H. (1986), *Sovereignty*, Cambridge: Cambridge University Press, p. 158. Zie uitgebreider: Aalberts, T.E. (2006), *Politics of Sovereignty*, proefschrift Vrije Universiteit Amsterdam, hoofdstuk 2.
3. Kooijmans, P.H. (2008), *Internationaal publiekrecht in vogelvlucht*, 10<sup>de</sup> druk, Deventer: Kluwer, p. 3.
4. Klabbers, J. (2009), *An Introduction to International Institutional Law*, 2<sup>nd</sup> edition, Cambridge: Cambridge University Press.
5. Separate opinion of Judge Anzilotti in *Customs Régime between Germany and Austria* (Protocol of March 9th, 1931), Advisory Opinion, 1931, PCIJ, Series A/B, No. 41, p. 57.
6. Kooijmans (2008), p. 5.
7. Een mooi voorbeeld wordt gevormd door het gezaghebbende handboek van Brownlie, I. (2003), *Principles of Public International Law*, 6<sup>th</sup> edition, Oxford: Oxford University Press.
8. Zie ook: Wouters, J. (2007), Bronnen van het internationaal recht, in: N. Horbach, R. Lefeber & O. Ribbelink (red.), *Handboek Internationaal Recht*, Den Haag: T.M.C. Asser Press, pp. 81-122.
9. Schachter, O. (1971), Towards a theory of international obligation, in: S.M. Schwebel (ed.), *The Effectiveness of International Decisions*, Leiden: Sijthoff, p. 9.
10. Kooijmans (2008), n. 5, p. 1.
11. Bossuyt, M. & J. Wouters (2005), *Grondlijnen van internationaal recht*, Antwerpen: Intersentia, p. 3. Een vergelijkbare definitie is bijvoorbeeld te vinden bij Joyner, C.C. (2005), *International Law in the 21st Century: Rules for Global Governance*, Lanham, MD: Rowman & Littlefield, p. 4: "Public international law refers to the body of rules and norms that governs the interaction between states as well as between other international persons."
12. Nollkaemper, P.A. (2005), *Kern van het internationaal publiekrecht*, 2<sup>de</sup> druk, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, par. 1.3.1.
13. Shaw, M.N. (2008), *International Law*, 6<sup>th</sup> edition, Cambridge: Cambridge University Press, p. 12.
14. Koskenniemi (2005), n. 2.
15. *Ibid.*, p. 615.
16. Henkin, L. (1979), *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, 2<sup>nd</sup> edition, New York: Columbia University Press, p. 2.
17. Kelsen, H. (1967), *Pure Theory of Law*, Berkeley: University of California Press, p. 11; zie ook: Kelsen, H. (1991), *General Theory of Norms*, Oxford: Clarendon Press.
18. Hart, H.L.A. (1994), *The Concept of Law*, 2<sup>nd</sup> edition, Oxford: Clarendon Press, p. 233.
19. Bull, H. (2002), *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*, 3<sup>rd</sup> edition, Basingstoke, etc.: Palgrave, p. 64.
20. Cassese, A. (2001), *International Law*, Oxford: Oxford University Press, p. 5.
21. Alvarez, J.E. (2005), *International*

- Organizations as Law-Makers*, Oxford: Oxford University Press. Ook: Sarooshi, D. (2005), *International Organizations and their Exercise of Sovereign Powers*, Oxford: Oxford University Press. Eerder al: Delbrück, J. (ed.) (1997), *New Trends in International Lawmaking, International 'Legislation' in the Public Interest*, Berlin: Dunker & Humblot. In het algemeen over de ontwikkeling van dit vakgebied, zie: Klabbers, J. (2001), The life and times of the law of international organizations, *Nordic Journal of International Law*, 70, 3, p. 287-317; zie ook: Wessel, R.A. (2006), Internationale organisaties als regelgevers, *Vrede en Veiligheid*, 35, 1, pp. 10-29.
22. Nollkaemper (2005), n. 15 (cursief toegevoegd).
  23. Overigens draagt de discussie over *global governance* wel bij aan het aloude debat over een wereldregering. Zie: Chimni, B.S. (2004), International institutions today: An imperial global state in the making, *European Journal of International Law*, 15, 1, p. 1-37.
  24. Zie bijvoorbeeld: Tsagourias, N.K. (ed.) (2006), *Transnational Constitutionalism: International and European Models*, Cambridge: Cambridge University Press.
  25. Zie bijvoorbeeld: Simpson, G. (2004), *Great Powers and Outlaw States: Unequal Sovereigns in the International Legal Order*, Cambridge: Cambridge University Press.
  26. Het verschijnsel van de *failed state*, of fragiele staat in het Nederlandse beleidsjargon, toont aan dat ook binnen staten niet altijd sprake is van een dergelijk overkoepelend gezag.
  27. Het Handvest van de Verenigde Naties bijvoorbeeld is in deze visie in ieder geval ook een politiek compromis tussen de overwinnaars van de Tweede Wereldoorlog, in het bijzonder de Sovjet-Unie, Groot-Brittannië en de Verenigde Staten. Een wijziging in de samenstelling van de permanente leden van de Veiligheidsraad zal pas mogelijk zijn na wijziging van de machtsverhoudingen.
  28. Sommigen verklaren de realistische visie op internationaal recht uit de ervaring van invloedrijke emigranten uit de Weimar Republiek, zoals Hans Morgenthau, Hannah Arendt en Leo Strauss; zie: Koskeniemi, M. (2000), Carl Schmitt, Hans Morgenthau and the image of law in International Relations, in: M. Byers (ed.), *The Role of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 17-34.
  29. Deze mechanismen vinden we ook terug binnen de Europese Unie waar staten minder effectief invloed in Brussel uitoefenen naarmate ze meer bekend staan als nootire dwarsligger bij de totstandkoming of uitvoering van Europees beleid.
  30. Verbeek, B. & A. van der Vleuten (2008), The domesticization of the foreign policy of the Netherlands (1989-2007): The paradoxical result of Europeanization and internationalization, *Acta Politica*, 43, 2, pp. 357-377.
  31. Neo-liberalen in de Leer der Internationale Betrekkingen moeten niet worden verward met economisch liberalen of neoconservatieven.
  32. Slaughter, A.-M. (1995), International law in a world of liberal states,



- European Journal of International Economic Law*, 6, 4, pp. 503-538.
33. Bijvoorbeeld: Weldes, J. (1999), *Constructing the National Interests: The United States and the Cuban Missile Crisis*, Minneapolis: University of Minnesota Press.
  34. Zie voor de case: Verbeek, B. (2003), *Decision-Making in Great Britain during the Suez Crisis: Small Groups and a Persistent Leader*, Aldershot: Ashgate.
  35. Zie Allison's Model III: Allison, G.T. (1971), *Essence of Decision: Explaining the Cuban Missile Crisis*, Boston: Little, Brown; voor de Suez-case, zie ook: Johnman, L. (2000), *Playing the role of Cassandra*. Sir Gerald Fitzmaurice, Senior Legal Advisor to the Foreign Office, in: S. Kelly & A. Gorst (eds.), *Whitehall and the Suez Crisis*, London: Frank Cass, pp. 46-63.
  36. Iets vergelijkbaars deed zich voor tijdens de *Achille Lauro*-affaire in 1986. De Verenigde Staten waren bereid de soevereiniteit van Egypte te schenden door een Egyptisch toestel met Palestijnse gijzelnemers te onderscheppen en te dwingen te landen op de (door Amerikanen gebruikte) luchtmachtbasis Sigonella in Italië. Tegelijkertijd waren de Verenigde Staten niet bereid de soevereiniteit van Italië te schenden door aan boord van het gelande toestel te gaan en de gijzelnemers te arresteren. Door deze keuze gaf men beleidsvrijheid uit handen. De Italiaanse regering (die geen problemen met de Arabische wereld wenste) zorgde ervoor dat de gijzelnemers een diplomatiek paspoort kregen en het land werden uitgesmokkeld. Zie: Cassese, A. (1987), *Il caso 'Achille Lauro': Terrorismo politica e diritto nella comunità internazionale*, Roma: Editori riuniti.
  37. De commissie die leiding moet geven in het geval van een nationale crisis. COBRA staat voor Cabinet Office Briefing Room A.
  38. Campbell, A. (2007), *The Blair Years: Extracts from the Alastair Campbell Diaries*, New York: Alfred A. Knopf, pp. 560-561.
  39. *Ibid.*, pp. 566-567.
  40. *Ibid.*, p. 566.
  41. *Iraq. Legal Background*, memorandum herdrukt in: Danner, M. (2006), *The Secret Way to War: The Downing Street Memo and the Iraq War's Buried History*, New York: New York Review of Books, pp. 117-127, met name pp. 120-122.
  42. *Iraq: Options Paper*, memorandum herdrukt in: *Ibid.*, pp. 94-116, met name pp. 96, 101, 103, en 112-114.
  43. Cook, R. (2004), *The Point of Departure: Diaries from the Front Bench*, London: Simon & Schuster, pp. 115-116.
  44. Zie bijvoorbeeld: Short, C. (2005), *An Honourable Deception? New Labour, Iraq and the Abuse of Power*, London: Simon & Schuster, p. 141.
  45. *The Downing Street Memo*, herdrukt in: Danner (2006), pp. 87-93.
  46. Campbell (2007), pp. 630-631.
  47. Short (2005), p. 157.
  48. *Review of Intelligence on Weapons of Mass Destruction. Report of a Committee of Privy Counsellors* (Het 'Butler-rapport'), June 2004, pp. 94-95 ([www.archive2.official-documents.co.uk/document/deps/hc/hc898/898.pdf](http://www.archive2.official-documents.co.uk/document/deps/hc/hc898/898.pdf)).
  49. *Iraqi Resolution 1441 Advice*, memorandum of the Attorney-General, p. 11 ([en.wikipedia.org/wiki/Lord\\_Goldsmith](http://en.wikipedia.org/wiki/Lord_Goldsmith)).
  50. *Ibid.*, p. 160.
  51. *Ibid.*, pp. 186-187.
  52. NRC Handelsblad, 12 juni 2004 (J.

- Oranje: 'Hollandse oorlogslogica'.
53. *Tweede Kamer der Staten-Generaal, Aanhangsel van de Handelingen*, vergaderjaar 2002-2003, nr. 910, Antwoord van minister De Hoop Scheffer (Buitenlandse Zaken), mede namens de minister-president, minister van Algemene Zaken op vragen van het lid De Graaf (D66) over de rechtsgrond van unilateraal optreden tegen Irak.
54. *NRC Handelsblad*, 12 juni 2004.
55. In april 2003 zou de Directie het standpunt uitvoeriger onderbouwen: *Memorandum Irak – rechtsbasis militair ingrijpen*, kenmerk DJZ/IR/2003/158, 29 april 2003, paragraaf I.4 en II.9 ([www.nrc.nl/redactie/binnenland/memo\\_buza\\_irak.pdf](http://www.nrc.nl/redactie/binnenland/memo_buza_irak.pdf)).
56. *NRC Handelsblad*, 19 januari 2009 (J. Oranje: "Irak-memo" impuls voor onderzoek).
57. Het standpunt van DGPZ valt alleen af te leiden uit het *Memorandum Irak – rechtsbasis militair ingrijpen* (2003), paragraaf I.5 en I.6.
58. *NRC Handelsblad*, 3 april 2009 (J. Oranje: Acht vragen over steun onderzoek Irak-oorlog).